

# De praktijk van 15 + 1 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht

Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde

Mr. S.Y.Th. Meijer

Mr. N. Vloemans

*Eerste druk*

## Voorwoord

Toen wij binnen de redactie het idee opvatten om de vijftiende verjaardag van titel 7.17 BW te vieren met het uitbrengen van een bundel, zaten we midden in de eerste COVID-periode. ‘We’ werkten thuis, we wisten nog niet goed hoe het juridisch werkzaam leven zou (door)lopen, maar een bundel wilden we wel.

Met het verstrijken van de tijd werd duidelijk dat de reistijd wegviel, maar dat de werkdruk niet afnam. Niet eens evenredig. Het was zoeken naar een evenwicht tussen thuis, het echte werk en bijkomende besognes zoals het schrijven van een bijdrage voor een bundel als de voorliggende. De bundel kwam daarmee later uit dan we verwachtten en dat verklaart de titel van dit in de Serie Recht & Praktijk uitgebracht deel: *De praktijk van 15 + 1 jaar ‘nieuw’ verzekeringsrecht*.

Iets later dan verwacht, dus. Maar daarmee niet minder mooi dan we hoopten. De bundel kan gezien worden als een vervolg op de in 2016 uitgebrachte bundel *Bespiegelingen op 10 jaar ‘nieuw’ verzekeringsrecht*. Een *update*, kun je zeggen. Maar ook een die zich door verjonging kenmerkt, nu een deel van de auteurs die in 2016 participeerden – op verzoek van de redactie – jonge, nieuwe auteurs heeft aangezocht om mee samen te werken. Een nieuwe generatie auteurs is daarmee opgestaan en wij zijn daar trots op.

Trots zijn wij er ook op dat deze bundel door de Vereniging voor Verzekeringswetenschap aan haar leden is verstrekt. Door de leden, voor de leden. In *hard copy* verstrekt, maar ook vormde de bundel het onderwerp van de *Pop-up* Jaarvergadering, zoals deze in Rotterdam in het voorjaar van 2022 is gehouden.

Er heerst, dat lijkt de afdronk van de vergadering en de bijdragen wel te zijn, tevredenheid. Over de ontwikkeling van de leerstukken, maar zeker ook over het feit dat ‘we’ elkaar – ondanks alle gevoelde beperkingen – in het juridische en daarbuiten in beeld hebben weten te houden. Het voorliggende boek is daar een resultaat van. 15 + 1 jaar ontwikkeling, verwoord in 15 + 1 bijdragen. Als redactie vertrouwen wij erop dat de bundel op weg naar het vierde lustrum van titel 7.17 BW goed gebruikt zal worden.

Voor de volledigheid geven wij aan dat de kopij per februari 2022 is afgesloten, zij het dat een enkele ontwikkeling van die datum nog is meegenomen.

De redactie,

Mop van Tiggele  
Sjoerd Meijer  
Natalie Vloemans

# Inhoudsopgave

VOORWOORD		v
<b>1</b>	<b>DE RODE DRADEN IN HET VERZEKERINGSRECHT. OVER HET SPANNINGSVELD TUSSEN ZEKERHEID BIJEN EN NEE VERKOPEN</b>	<b>1</b>
	<i>Prof. mr. J.H. Wansink en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde</i>	
1.1	Inleiding	1
1.2	De rode draden in het verzekeringsrecht	2
1.3	De sociale functie van verzekering	2
1.3.1	De sociale functie van verzekering eist een actief handelen van de verzekeraar ter bescherming van de verzekeringnemer/verzekerde	3
1.3.2	De sociale functie beperkt de vrijheid van acceptatie voor de verzekeraar	5
1.3.3	De sociale functie eist een bijzondere rechtvaardiging voor het verval van het recht op uitkering	6
1.3.4	De sociale functie van verzekering is onverenigbaar met het 'altijd-niets'-beginsel als sanctie op de niet-nakoming van de mededelingsplicht bij het aangaan van een verzekering	8
1.3.5	De sociale functie eist een zoveel mogelijk op continuïteit van de overeenkomst gerichte sanctieregeling bij niet-nakoming van op de verzekeringnemer/verzekerde rustende verplichtingen	9
1.3.6	De sociale functie van verzekering verengt de grenzen van strijdigheid met beginselen van goede zeden en openbare orde	9
1.3.7	De sociale functie nodigt uit tot het vrijvallen van dekking onder de polis waar dat – de polis weggedacht – niet voor zich hoeft te spreken: assurance oblige	11
1.3.7.1	Verzekering dus aansprakelijkheid?	11
1.3.7.2	Assurance oblige: aansprakelijkheid door niet verzekeren alsnog verzekerd?	17
1.4	Het vertrouwensbeginsel bij schadeverzekering	20
1.4.1	Het vertrouwensbeginsel prevaleert boven de bescherming van de persoonlijke levenssfeer	21
1.4.2	Het vertrouwensbeginsel prevaleert bij bewijsnood voor de verzekerde te goeder trouw na schade	21
1.4.3	Doet het vertrouwensbeginsel bij een – welbewust – beschamen van het vertrouwen door de verzekerde altijd de basis aan de verzekeringsrelatie vervallen?	22

1.4.4	Het vertrouwensbeginsel kan in de uitwerking afbreuk doen aan de sociale functie van verzekering	23
1.4.5	Het vertrouwensbeginsel behoort evenzeer te gelden ter bescherming van de verzekerde	24
1.5	Het indemniteitsbeginsel bij schadeverzekering	24
1.6	Afronding	26
<b>2</b>	<b>VERZEKEREN<sup>1</sup></b>	<b>29</b>

*Mr. R.H.B. Tewarie en mr. S.Y.Th. Meijer*

2.1	Inleiding	29
2.2	De verzekeringsovereenkomst in titel 7.17 BW	29
2.3	Toepasselijkheid van de Wet op het financieel toezicht	31
2.3.1	Garanties	32
2.3.2	Abonnementen	34
2.4	Toepasselijkheid van de Wet op belastingen van rechtsverkeer	35
2.4.1	Pechpas	36
2.4.2	Kwaliteitsregeling	38
2.5	Tot slot	39
<b>3</b>	<b>VIJFTIEN JAAR VERZWIJGING. STEEDS BESTENDIGER, MAAR IN DE PRAKTIJK BLIJFT HET EEN WAARDERINGSKWESTIE</b>	<b>41</b>

*Prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde en mr. L. Bartels*

3.1	Inleiding	41
3.2	De termijn van inroeping van verzwijging	41
3.2.1	Het arrest <i>Kennisgevingsplicht</i>	42
3.2.2	De termijn: wiens last en risico?	43
3.3	‘De redelijk handelend verzekeraar’ anno 2021	44
3.3.1	De Maatman-verzekeraar als redelijk handelend verzekeraar	45
3.3.2	De (verdere) uitspraken sinds ‘Maatman’ beschouwd	49
3.3.3	De conclusie: vooralsnog is er een wisselende benadering	56
<b>4</b>	<b>TEGEN GENOT ENER PREMIE</b>	<b>59</b>

*Mr. P.M. Leerink*

4.1	Inleiding	59
4.2	Schorsingsclausules en artikel 7:934 BW	60
4.3	Bescherming van consumenten	61
4.4	Eisen aan de aanmaning	62
4.5	Juiste vermelding van de termijn van 14 dagen in de aanmaning	63
4.6	Betekenis van het arrest over de veertiendagenbrief van artikel 6:96 lid 6 BW	65
4.7	Bewijs van de (datum van) ontvangst	66
4.8	Verzending van de aanmaning per e-mail	69
4.9	Te late premiebetaling bij levensverzekeringen	72
4.10	Afrondend	74

---

**5 OPZEGGING, DUUR EN WIJZIGING 75**
*J.H. Duyvensz*

5.1	Inleiding	75
5.2	Wat regelt titel 7.17 BW niet?	76
5.3	Opzegtermijn (lid 1)	77
5.4	Looptijd (lid 2)	77
5.5	Verdere bescherming: de wettelijke regeling van de looptijd ingeperkt	78
5.6	Tussentijdse opzegging (lid 3)	80
5.7	Wijziging van de polisvoorwaarden en bloc (lid 4)	83
5.8	Uitzondering op wijziging (lid 5)	86
5.9	Schriftelijke opzegging en opzegging langs elektronische weg (lid 6 en lid 7)	87
5.10	Andere opzeggingsregels	88
5.11	Conclusie	89

**6 OVERGANG VAN HET VERZEKERD BELANG 91***Mr. dr. drs. H.M.B. Brouwer*

6.1	Inleiding	91
6.2	Evenwichtige belangenbehartiging in artikel 7:948 BW	93
6.3	‘De rechtshandeling waarbij het goed wordt overgedragen’, artikel 7:948 lid 1 BW	93
6.4	Is aanduiding ‘aan u of wie het anders zoude mogen aangaan’ een toonderclausule?	95
6.5	De derogerende werking van artikel 6:248 lid 2 BW ten opzichte van artikel 7:948 lid 2 BW	96
6.6	Geldt artikel 7:948 BW ook als vóór de overdracht de verzekerde zaak een gedekte maar nog niet door de verzekeraar vergoede schade heeft opgelopen? Cessie	101
6.7	‘Bijkomstige verzekeringen die bij dezelfde overeenkomst tot stand zijn gekomen’	101
6.8	PEICL	102
6.9	Slotsom	103

**7 DE BEREDDINGSPLICHT 105***Mr. N. Vloemans en mr. N. de Boer*

7.1	Bereiddingsplicht versus normale voorzorgsmaatregel	106
7.1.1	Inleiding	106
7.1.2	X/Interpolis (asbesthoudende dakplaten)	108
7.1.3	Schuld van de verzekerde?	113
7.1.4	Strijd met indemniteitsbeginsel?	114
7.1.5	Misbruik van recht?	116
7.2	Een risico waartegen de verzekering dekking biedt of had geboden	116
7.2.1	Wat is precies het verzekerde risico?	117
7.2.2	Meerdere belangen	119

7.3	Een risico dat zich heeft verwezenlijkt of dat ophanden is	119
7.3.1	Wanneer is een risico ophanden?	120
7.3.2	Wanneer is de verwezenlijking van het risico niet meer ophanden?	120
7.4	Slotopmerkingen	121
<b>8</b>	<b>OBLIEGENHEIT VERZEKERINGSRECHT: ALS LEERSTUK (H)ERKEND?</b>	123

*Mr. L. Bartels en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde*

8.1	Inleidend	123
8.2	Wettelijk kader	123
8.3	De Obliegenheit in de praktijk	126
8.3.1	(Onterechte) verwijzing naar artikel 7:941 lid 3 BW en art. 7:957 lid 3 BW	128
8.3.2	Binnen de alternatieve rechtspraak is het niet anders	132
8.4	Afrondend	133
<b>9</b>	<b>WETTELIJKE UITSLUITINGEN IN TITEL 7.17 BW</b>	135

*Mr. dr. K. Engel*

9.1	Inleiding	135
9.2	Eigen gebrek	135
9.2.1	Eigen gebrek alleen bij zeeverzekering?	137
9.2.2	Stoffelijke eigenschappen	139
9.2.3	Het zinken van de Che Guavara	140
9.2.4	Het <i>Monolietplaten</i> -arrest	141
9.2.5	Kennelijk geen gebrekkige regeling	144
9.2.6	Causaliteit in het verzekeringsrecht: het <i>Bosporus/ASR</i> -arrest	144
9.2.7	Causaliteit in het verzekeringsrecht: het <i>Supercell II</i> -arrest	147
9.3	Eigen schuld	150
9.3.1	Het <i>Shaken Baby</i> -arrest	151
9.3.2	De opzetclausule 2020	155
9.3.3	Het <i>Dierenarts</i> -arrest	157
9.3.4	Ruimte voor maatwerk bij aansprakelijkheidsverzekering	158
9.4	Onwaardigheid bij sommenverzekering	159
9.5	Slot	161
<b>10</b>	<b>HET INDEMNITEITSBEGINSEL. ZIJN HET SCHADEVERZEKERINGSRECHT EN DE SCHADEVERZEKERINGSPRAKTIJK INDEMNITEITSBEGINSELVAST?</b>	163

*Mr. P.J.M. Drion*

10.1	Wet	163
10.2	Betekenis	163
10.3	Strekking van artikel 7:944 en 7:960 BW	165
10.4	Kentering van de hard and fast rule	165
10.5	Contractuele correctie	168

10.6	Relevante jurisprudentie sinds 2012	170
10.7	Het indemniteitsbeginsel en de 'Principles of European of Insurance Contract Law' (PEICL)	174
10.8	Afronding	175

<b>11</b>	<b>SUBROGATIE</b>	177
-----------	-------------------	-----

*Mr. A.P.E. De Ruiter en mr. R.V. Montulet*

11.1	Inleiding	177
11.2	Artikel 7:962 lid 1 BW	177
11.2.1	Dezelfde weren voor verzekeraar en verzekerde	178
11.2.2	Subrogatie verzekeraar in rechten verzekerde uit artikel 6:10 en 6:12 BW	180
11.2.3	Subrogatie verzekeraar uitsluitend in rechten van verzekerde	182
11.2.4	Cessie als oplossing voor beperkingen subrogatie?	183
11.2.5	Keuzevrijheid verzekerde	184
11.2.6	Nevenvorderingen	185
11.3	Artikel 7:962 lid 2 BW (voorrangsregel)	188
11.3.1	Reikwijdte voorrangsregeling	188
11.3.2	Billijkheid voorrangsregeling	189
11.3.3	Redactie lid 2	189
11.3.4	Verdeling regreskosten verhaal bij voorrang verzekerde	190
11.4	Artikel 7:962 lid 3 eerste zin BW (uitsluiting van subrogatie)	192
11.4.1	Indirect verhaal via hoofdelijkheid	192
11.4.2	Werkgeversbegrip	193
11.4.3	Levensgezelbegrip	195
11.4.4	Peilmoment kwalificatie	195
11.4.5	Herleving verhaal bij dekking aansprakelijkheid	196
11.5	Artikel 7:962 lid 3 tweede zin BW (uitzondering op uitsluiting van subrogatie)	197
11.5.1	Herleven verhaal bij opzet/bewuste roekeloosheid	197
11.5.2	Herleven verhaal bij coulance-uitkering	198
11.5.3	Uitleg tweede zin lid 3	198
11.6	Conclusie	199

<b>12</b>	<b>DE DIRECTE ACTIE. VIJFTIEN JAAR NIEUW VERZEKERINGSRECHT</b>	201
-----------	--	-----

*Mr. A.Ch.H. Franken en mr. E.J.H. Poorthuis*

12.1	Inleiding	201
12.2	Wettelijke regeling	202
12.3	Vijftien jaar jurisprudentie	206
12.4	De directe actie als eigen recht	209
12.5	Conclusie	218

**13**                    **SAMENLOOP VAN VERZEKERINGEN. VIJFTIEN JAAR**                    219  
**ARTIKEL 7:961 BW**

*Mr. dr. W.C.T. Weterings*

13.1	Inleiding	219
13.2	Meerdere verzekeraars betrokken	220
13.3	Verhaalsrecht uitkerende verzekeraar op andere verzekeraar(s)	222
13.4	Verhaalsrecht ook bij onverplichte uitkering	225
13.5	Onderlinge verdeling schade samenlopende verzekeraars; verdeelsleutel	226
13.6	Onderlinge verdeling kosten samenlopende verzekeraars	229
13.7	De houding van verzekerde	230
13.8	Regelend recht: 'na-u-clausules'	230
13.9	Regelend recht: 'voor-u-clausules'	233
13.10	Verjaring bij samenloop van verzekeringen	234
13.11	Conclusie	236

**14**                    **VERJARING**                    237

*Mr. B.M. van Wijk en Mr. J. Biezenaar*

14.1	Inleiding	237
14.2	Totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:942 BW	238
14.2.1	Invoering van artikel 7:942 BW in 2006	238
14.2.2	Belangrijkste wijzigingen bij invoering van artikel 7:942 BW (oud) in 2006	239
14.2.3	Wijziging van artikel 7:942 BW in 2010	241
14.3	Duur en aanvang van de verjaring op grond van artikel 7:942 lid 1 BW	242
14.3.1	Een verjaringstermijn van drie jaar	242
14.3.2	(Semi)dwingendrechtelijk karakter	243
14.3.3	Aanvang van de verjaringstermijn: opeisbaarheid en bekendheid	244
14.3.4	Problematiek bij aansprakelijkheidsverzekeringen vanwege kortere verjaringstermijn	247
14.4	Stuitingshandelingen onder artikel 7:942 lid 2 BW	249
14.4.1	Het stuitingsregime bij verzekeringen anders dan tegen aansprakelijkheid	249
14.4.2	De wijze van stuiten op grond van artikel 7:942 lid 2 BW	250
14.4.3	De gevolgen van de stuiting op grond van artikel 7:942 lid 2 BW	250
14.4.4	Discussie rondom stuitingsregeling bij nieuwe aanspraak ná afwijzing	252
14.5	Stuiting bij aansprakelijkheidsverzekeringen via artikel 7:942 lid 3 BW	256
14.5.1	Het aparte stuitingsregime voor aansprakelijkheidsverzekeringen	256
14.5.2	Wijze van stuiting: onderhandelingen	258
14.5.3	Andere manieren om te stuiten bij aansprakelijkheidsverzekeringen	259
14.5.4	Mogelijke stuitingsproblematiek bij aansprakelijkheidsverzekeringen	260



14.6	Aparte verjaringsregeling voor levensverzekeringen in artikel 7:985 BW	261
14.6.1	Korte geschiedenis	261
14.6.2	Verjaringstermijn bij levensverzekeringen: vijf jaar	261
14.6.3	Geen aparte stuitingsregeling bij levensverzekeringen	262
14.6.4	Behoeftte aan (meer) duidelijkheid omtrent artikel 7:985 BW	263
14.7	Enkele overgangsrechtelijke perikelen	264
14.7.1	Inleiding	264
14.7.2	Overgangsproblematiek na de invoering van artikel 7:942 BW in 2006	264
14.7.3	Overgangsproblematiek na de wijziging van artikel 7:942 BW in 2010	267
<b>15</b>	<b>SOMMEN- EN LEVENSVERZEKERING</b>	<b>273</b>
<i>Prof. dr. W.M.A. Kalkman</i>		
15.1	Algemene opmerkingen	273
15.2	Sommenverzekering versus schadeverzekering	274
15.3	De leer van het zelfstandig recht is stevig verankerd in onze jurisprudentie	274
15.4	Levensverzekering en schuldeisers	277
15.5	De criteria die gelden bij de uitleg van een begunstiging	281
15.6	Opzettelijke verwezenlijking van het risico door de begunstigde	283
15.7	De criteria voor zelfdoding in de zin van de verzekeringsvoorwaarden	284
15.8	Beleggingsverzekeringen, informatieverplichtingen en de invloed van het Unierecht	287
15.9	Afsluitende opmerkingen	298
	Jurisprudentieregister	299
	Trefwoordenregister	313

# 1 De rode draden in het verzekeringsrecht. Over het spanningsveld tussen zekerheid bieden en nee verkopen

*Prof. mr. J.H. Wansink<sup>1</sup> en prof. mr. N. van Tiggele-van der Velde<sup>2</sup>*

## 1.1 Inleiding

Met de invoering van titel 7.17 BW in 2006 verdween het oude Wetboek van Koophandel van het toneel en dat was met recht. De verander(en)de maatschappelijke verhoudingen en inzichten verdienden een nieuwe wettelijke regeling die mee ontwikkeld was. Wat Wansink als auteur in die tijd bezighield, was de vraag in hoeverre de regeling in titel 7.17 BW een weerslag vormde van die gewijzigde inzichten in de jurisprudentie en in de literatuur. Inzichten die samenhangen met de maatschappelijke positie van de particuliere verzekering in de verzorgingsstaat, zoals die zich tot ver in de twintigste eeuw had ontwikkeld. Wansink beschreef een en ander in de bundel *Het nieuwe verzekeringsrecht. Titel 17 BW belicht* aan de hand van een drietal kernpunten die aan de overeenkomst van verzekering een eigen karakter geven. Hij benoemde de ‘rode draden in het verzekeringsrecht’ en beschreef (i) de sociale functie van verzekering; (ii) het vertrouwensbeginsel; en (iii) – voor de schadeverzekering – het indemniteitsbeginsel.<sup>3</sup> Aan de rode draden, dat laat de jurisprudentie zien, wordt getrokken. Soms heeft de sociale functie de overhand, soms het vertrouwensbeginsel. En, zo is wezenlijk om te onderkennen, tussen dit alles door, maar primair als uitwerking van de sociale functie van verzekering, speelt de vraag of het gedekt zijn van een bepaald risico door verzekering betekenis heeft voor het aannemen van aansprakelijkheid: *assurance oblige?*

Het stuk dat voorligt, gaat op deze samenspraak in, maar niet eerder dan nadat de rode draden weer eens geschetst zijn. Ditmaal met name ook aan de hand van de meest recente ontwikkelingen, zoals die in de rechtspraak terug te vinden zijn. De rode draden anno nu, beschreven in een samenspraak.

---

1 Han Wansink is em. hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en de Universiteit Leiden.

2 Mop van Tiggele is hoogleraar Verzekeringsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij is tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Arnhem-Leeuwarden, lid van het Tuchtcollege van het NIVRE en lid van de Commissie van Beroep van het Kifid.

3 J.H. Wansink, ‘Een nieuwe wettelijke regeling voor de verzekeringsovereenkomst in Titel 7.17 BW: een nieuw geluid?’, in: J.H. Wansink & J.G.C. Kamphuisen (red.), *Het nieuwe verzekeringsrecht Titel 7.17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1-26.

## 1.2 De rode draden in het verzekeringsrecht

In bovenbedoelde bundel omschreef Wansink de rode draden in het verzekeringsrecht als volgt.

De *sociale functie* ziet op de zekerheid die verzekering biedt aan het individu door risico's die hij in het maatschappelijk verkeer loopt en die hij niet zelf kan dragen, af te wentelen op een collectiviteit. 'Neen verkopen' door de verzekeraar doorbreekt dit afwentelingsmechanisme en frustreert bedoelde sociale functie.

Het *vertrouwensbeginsel* komt ook wel tot uitdrukking in de karakterisering van de verzekeringsovereenkomst als een *contractus uberrimae fidei*: de aard van de verzekering brengt mee dat de verzekeraar zowel bij het sluiten van de overeenkomst als bij de verwezenlijking van het risico in hoge mate afhankelijk is van door de verzekerde verschaft informatie. Hij moet in beginsel vertrouwen op de juistheid daarvan en dat maakt hem kwetsbaar voor de onbetrouwbaarheid van de verzekerde.<sup>4</sup> Daarom ontvalt bij een – welbewuste – beschaming van dit vertrouwen in feite de basis aan de verzekeringsovereenkomst. En ten slotte het *indemniteitsbeginsel*: de overeenkomst van schadeverzekering mag niet de strekking hebben dat de verzekerde door een uitkering na schade in een duidelijk voordeliger positie geraakt en – zo deze 'verboden' strekking ontbreekt en de verzekering aldus geldig is – de verzekerde mag voorts ook de facto niet door de uitkering in een duidelijk voordeliger positie geraken.<sup>5</sup>

De uitdagende vraag na vijftien jaar titel 7.17 BW is duidelijk: hoe hebben de rode draden zich in die periode ontwikkeld? Op welke punten hebben zich duidelijke accentverschuivingen voorgedaan?

## 1.3 De sociale functie van verzekering

Allereerst aandacht voor de meest dominante rode draad: de sociale functie van verzekering. Kenmerkend voor de betekenis daarvan zijn in het bijzonder zeven aspecten, te weten:

- zij eist een actief handelen van de verzekeraar ter bescherming van de verzekeringnemer/verzekerde;
- zij beperkt de vrijheid van acceptatie;
- zij eist een bijzondere rechtvaardiging voor het verval van het recht op uitkering;
- zij eist een zo veel mogelijk op continuïteit van de overeenkomst gerichte sanctieregeling bij niet-nakoming van op de verzekeringnemer/verzekerde rustende verplichtingen;
- zij is onverenigbaar met het "altijd-niets"-beginsel als sanctie op het niet-nakomen van de mededelingsplicht bij het sluiten van een verzekering;
- zij verengt de grenzen van strijdigheid met beginselen van goede zeden en openbare orde;

4 Zie HR 8 juni 1962, NJ 1962/366, m.nt. Hijmans van den Bergh (*Afgehakte duim*).

5 J.H. Wansink 2005, t.a.p., p. 4-5.

- zij schept voor de rechter ruimte om in “uitzonderlijke” situaties de voorwaarden te scheppen voor het laten vrijvallen van een verzekeringsuitkering onder een daartoe beschikbare verzekeringsovereenkomst (het hiervoor al kort benoemde beginsel van ‘*assurance oblige*’).

Wij werken dat als volgt uit.

1.3.1 *De sociale functie van verzekering eist een actief handelen van de verzekeraar ter bescherming van de verzekeringnemer/verzekerde*

Het vereiste van actief handelen als uitwerking van de sociale functie is het meest in het oog springend op een tweetal punten, te weten dat van verzwijging en dat van de waarschuwingsplichten.

*Verzwijging*

Vanouds is dit vereiste kenmerkend geweest voor het leerstuk van de niet-nakoming van de *mededelingsplicht bij het aangaan van een verzekering* (verzwijging). In de daarbij geldende *eis van verschoonbaarheid* komt tot uitdrukking dat het de verzekeraar is die weet welke gegevens relevant zijn voor de beoordeling van het te verzekeren risico en dat om die reden van hem de uiterste zorg mag worden gevergd om te voorkomen dat hij onbekend met voor hem van belang zijnde feiten en omstandigheden de verzekering afsluit. Schiet de verzekeraar daarin tekort, dan kan hij zich later wanneer een verzekerd risico zich verwezenlijkt, niet met succes op verzwijging beroepen.<sup>6</sup>

Dat is ook sinds 2005 het beleid van de onafhankelijke Toetsingscommissie Gezondheidsgegevens die op basis van het Convenant inzake onjuiste en/of onvolledige opgave van gezondheidsgegevens onderzoek doet naar verzwijging bij levensverzekering.<sup>7</sup> Sprekende voorbeelden zijn verzekeraars die gezondheidsverklaringen hanteren die slechts twee eenvoudige vragen bevatten over het bekend zijn met enige ziekte, kwaal of gebrek, en medicijngebruik of die zelfs volstaan met de vraag of met de verklaring van de kandidaat-verzekerde dat deze geen ziekten heeft die medische behandeling vereisen. Verzoeken om onderzoek bij levensverzekeringen die op basis van dit soort gezondheidsverklaringen zijn gesloten, acht de Commissie zodanig in strijd met het actief handelen van de verzekeraar dat zij ze niet eens in behandeling neemt.<sup>8</sup>

In de ultieme uitwerking leidt de eis van verschoonbaarheid tot de regel die is neergelegd in art. 7:928 lid 6 BW en die de Hoge Raad reeds in de jaren negentig van de vorige eeuw voor het oude recht had aanvaard: indien de verzekering is gesloten op de grondslag van een door de verzekeraar opgestelde vragenlijst dient bij de vraag of de verzekeraar een beroep op de niet-nakoming van de me-

6 Zie voor een bespreking in breder verband, alsook voor de eigen begrenzing van het verschoonbaarheidsvereiste J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/153 e.v.

7 <https://www.verzekeraars.nl/publicaties/longreads/longread-toetsingscommissie-gezondheidsgegevens>.

8 Vgl. N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, ‘Privacy en Verzekering: De mededelingsplicht ex art. 7:928 BW bij levensverzekering en de Toetsingscommissie gezondheidsgegevens’, *VA* 2014, p. 97 e.v.

dedelingsplicht toekomt, onder meer als uitgangspunt te gelden dat een verzekerder zich er niet op kan beroepen dat feiten waarnaar niet (gericht) is gevraagd, niet zijn medegedeeld, tenzij is gehandeld met het opzet de verzekerder te misleiden.<sup>9</sup> Voor feiten omtrent een strafrechtelijk verleden is deze regel nog nader aangescherpt. Voor deze feiten geldt nimmer een spontane mededelingsplicht, dus ook niet indien de verzekering niet op basis van een vragenlijst wordt gesloten. Naar deze feiten moet de verzekerder dus altijd uitdrukkelijk informeren en wel – in de woorden van art. 7:928 lid 5 BW – in niet voor misverstand vatbare termen.<sup>10</sup>

De eis van verschoonbaarheid impliceert tevens dat de verzekerder geen genoegen mag nemen met in de vragenlijst opengelaten of onduidelijk beantwoorde vragen, tenzij daarbij door de verzekeringnemer met het opzet tot misleiding is gehandeld. Zijn zorgplicht gaat evenwel niet zover dat hij niet mag vertrouwen op de juistheid van de door de verzekeringnemer gedane mededelingen.<sup>11</sup> Dat komt ook tot uitdrukking in art. 7:928 lid 4 BW: de verzekeringnemer kan zich er niet op beroepen dat de verzekerder bepaalde feiten reeds kent of behoort te kennen indien op een daarop gerichte vraag een onjuist of onvolledig antwoord is gegeven. Met recht wordt op dit punt afstand genomen van de veel te ruime opvatting dat wetenschap bij één onderdeel van de organisatie geldt als wetenschap van de gehele organisatie.<sup>12</sup> Een regel die overigens ook om een andere reden nuancering verdient, nu voorstelbaar is dat uit de in de loop der jaren aangescherpte regelgeving met betrekking tot de omgang met persoonsgegevens zal voortvloeien dat bepaalde gegevens niet binnen de organisatie mogen circuleren of slechts voor een bepaald doel mogen worden gebruikt. Nu ook de verzekerder daarmee bekend is, brengt de eis van verschoonbaarheid weer mee dat hij de vragenlijst op die regelgeving moet afstemmen en naar die feiten dus uitdrukkelijk vraagt.

### *Waarschuwingsplichten en ‘Verborgten valkuilen’*

Het belang van actief anticiperend handelen van de verzekerder vindt erkenning in titel 7.17 BW. Zo bepaalt art. 7:934 BW dat alleen het achterwege blijven van betaling na een aanmaning *na de vervalddag* kan leiden tot beëindiging of opschorting van de dekking. Feitelijk heeft dit tot effect dat, indien betaling na de premienota uitblijft, de verzekeringnemer in een zelfstandig bericht ten tweeden male wordt herinnerd aan zijn betalingsverplichting.<sup>13</sup>

Een andere aansprekende wettelijke bepaling in dit verband is art. 7:929 lid 1 BW, dat de verzekerder die gedurende de loop van de verzekering ontdekt dat de verzekeringnemer zijn mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering niet

9 Zie voor het oude recht HR 13 september 1996, *NJ* 1997/637, HR 20 december 1996, *NJ* 1997/638 en HR 21 maart 1997, *NJ* 1997/639, m.nt. MMM.

10 Daarmee greep de wetgever in daar waar de rechtspraak de reikwijdte van het begrip ‘feiten omtrent een strafrechtelijk verleden voorgevallen binnen acht jaar na het sluiten van de verzekering’ had laten uitdijen op basis van een aan de verzekeringnemer veelal te ruim toegemeten inzicht in de betekenis van dit begrip. Vgl. HR 9 februari 1996, *NJ* 1996/745, m.nt. MMM. Zie meer uitvoerig J.H. Wansink, ‘Verzwijging van een strafrechtelijk verleden: who is to blame?’, in: *Zekerheidshalve* (bundel aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel), Deventer: Kluwer 2003, p. 137 e.v.

11 Vgl. HR 21 januari 1966, *NJ* 1966/183 (*Booij-Wisman*) en HR 17 oktober 1986, *S&S* 1987/59.

12 Zie onder verwijzing naar jurisprudentie en literatuur *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-LX* 2019/156.

13 Vgl. ook art. 7:980 BW.

naar behoren is nagekomen, verplicht de laatste daarop te wijzen onder vermelding van de mogelijke gevolgen.<sup>14</sup>

Ook in de rechtspraak na de invoering van titel 7.17 BW klinkt het belang van actief anticiperend handelen van de verzekeraar in toenemende mate door in het opleggen van een waarschuwingsplicht voor de verzekeraar die wordt geconfronteerd met omstandigheden die hem bekend zijn geworden en waarvan hij met zijn professionele kennis en ervaring weet dat de onervaren verzekeringnemer deze niet onderkent als bedreigend voor het behoud van dekking. In dat geval is een waarschuwingsplicht jegens de verzekerde op zijn plaats om hem voor ‘dekkingsonheil’ te behoeden. Bescherming van de verzekerde wordt in de onderlinge verhouding tot de verzekeraar in die gevallen doorgaans gevonden in de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex 6:248 lid 2 BW.<sup>15</sup>

### 1.3.2 De sociale functie beperkt de vrijheid van acceptatie voor de verzekeraar

In beginsel bestaat voor de individuele verzekeraar vrijheid van acceptatie ter zake van hem ter verzekering aangeboden risico's. Dat geldt zelfs voor de bij de wet verplicht gestelde aansprakelijkheidsverzekering voor motorrijtuigen.<sup>16</sup> Vanaf de jaren tachtig heeft het belang bij behoud van de sociale functie van verzekering het vrije bedrijfsbeleid voor verzekeraars verder beperkt.

Van vóór de invoering van titel 7.17 BW dateert de Wet op de medische keuringen die voor levens- en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen het vraag- en onderzoeksrecht in het kader van de acceptatieprocedure beperkt met betrekking tot genetisch onderzoek en voor gevallen van hiv- of aidsbesmetting.<sup>17</sup> Gewezen zij in dat verband op art. 7:928 lid 4 BW: de mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering ziet niet op feiten waarnaar ingevolge art. 4-6 Wet op de medische keuringen geen medisch onderzoek mag worden verricht en geen vragen mogen worden gesteld.<sup>18</sup> Een regeling die recht doet aan de belangen van de aspirant-verzekeringnemer, en in die lijn past ook de met ingang van 1 januari 2021 – omwille van de sociale functie van verzekering – ingevoerde tweede beperking van de vrijheid van acceptatie voor verzekeraars die in de Wet op de medische keuringen is ingevoerd, te weten de zogenoemde schoneleiregeling.<sup>19</sup> Het Besluit

14 Zie over de termijn van inroeping van verzwijging, die nadrukkelijk ook heeft te gelden tijdens de looptijd en zonder dat enig risico zich (nog) verzevenlijkt heeft, elders in deze bundel N. van Tiggele-van der Velde & L. Bartels, paragraaf 3.2.

15 In N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink (red.), *Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht (Recht & Praktijk nr. VR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, hoofdstuk 1.4.1.2 besprak J.H. Wansink de problematiek van de vervelbedingen, met als mooi voorbeeld het arrest Hof 's-Gravenhage 6 maart 2012, ECLI:NL:GHSHR:2012:BV8730 alsook de problematiek bij het oversluiten van aansprakelijkheidsverzekeringen op claims-madebasis. Zie eerder ook in *AV&S* 2013/9 en – in breder verband, onder verwijzing naar vindplaatsen – *Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7 IX* 2019/112 en M.H. Pluymen, 'Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J. van Huizen & J.G.J. Rinke (red.), *Verzekeringsrecht (R&P VR2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 2.4.

16 Voor de 'moeilijke' gevallen is daartoe door de bedrijfstak de verzekeringsmaatschappij De Vereende (voorheen Rialto) opgericht.

17 *Sib.* 1997, 635, laatstelijk gewijzigd op 17 februari 2014, *Sib.* 2014, 576.

18 Een en ander is nader uitgewerkt in het Protocol verzekeringskeuringen 2003, laatstelijk gewijzigd per 1 januari 2012. Dit protocol is een afspraak tussen het Verbond van Verzekeraars, de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst (KNMG) en het Breed Platform Verzekerden en Werk (BPV&W) op basis van art. 9 WMK.

19 *Sib.* 2020, 453.

verzekeringskeuringen ex-kankerpatiënten ligt aan deze beperking ten grondslag, en kort weergegeven houdt de regeling in dat voor bepaalde overlijdensrisico- en uitvaartverzekeringen geldt dat degene die de verzekering wil sluiten en in het verleden kanker heeft gehad daarvan bij het sluiten geen melding hoeft te doen indien naar het oordeel van de hulpverlener die de keurling heeft behandeld, sprake is van volledige remissie. Zulks houdt in dat de ziekteactiviteit niet meer detecteerbaar is en dat er, gerekend van het moment van vaststelling van volledige remissie, gedurende een onafgebroken periode van tien jaar geen terugkeer van de kanker is gediagnosticeerd. Indien de keurling op het moment van het diagnosticeren van de kanker jonger was dan 21 jaar, bedraagt de termijn vijf jaar. Voorts biedt de regeling de mogelijkheid om voor bepaalde vormen van kanker kortere termijnen te hanteren op basis van daartoe gemaakte afspraken tussen representatieve organisaties van patiënten en verzekeraars.

Tegelijkertijd met titel 7.17 BW trad op 1 januari 2006 de Zorgverzekeringswet in werking waarbij voor iedereen die in Nederland woont of werkt een verplichte verzekering tegen zorgkosten werd ingevoerd conform een door de Rijksoverheid vastgesteld basispakket. Zorgverzekeraars zijn verplicht iedereen als verzekerde voor de basisverzekering te accepteren. Zij mogen geen duurdere premie rekenen voor ouderen of voor mensen met veel medische problemen. Opgelegde volledige solidariteit, maar alleen voor het basispakket en niet voor de vrijwillige aanvullende verzekering, en de ervaring uit vijftien jaar titel 7.17 BW laat zien dat het concept van de verplichte zorgverzekering juist daar deuken oploopt. Voor de moeizame financiering van de kosten van het basispakket vormt een permanente jaarlijkse verhoging van de basispremie geen afdoende oplossing. Op het moment dat gekozen wordt voor een verplaatsing van dekking uit het basispakket naar de aanvullende verzekering, zal de vrijheid van acceptatie in toenemende mate tot een aantasting van de sociale functie van verzekering leiden. Een risico dat nog vergroot wordt door de keuze van (kleinere) zorgverzekeraars die zich voor de aanvullende verzekering richten op specifieke doelgroepen in de samenleving, zoals met name personen met een hogere opleiding (hbo'ers, academici en hoger personeel). Ontwikkelingen als deze dienen van overheidswege goed gemonitord te worden vanuit het besef dat zij uiteindelijk de voor de zorgverzekering zo gewenste maatschappelijke solidariteit in gevaar zouden kunnen brengen.

### 1.3.3 *De sociale functie eist een bijzondere rechtvaardiging voor het verval van het recht op uitkering*

Het belang bij behoud van de sociale functie van verzekering komt ook tot uitdrukking in het eisen van een bijzondere rechtvaardiging voor *het verval van het recht op uitkering na schade*. In de jurisprudentie en de literatuur geldt reeds lang bij wijze van uitgangspunt dat niet-nakoming van de verplichtingen na schade tegenover de verzekerde het contractueel bedongen verval van het recht op uitkering alleen dan rechtvaardigt, indien de verzekeraar aantoont dat hij door het handelen of nalaten van de verzekerde in een redelijk belang is geschaad dan wel

de verzekerde met het opzet tot misleiden heeft gehandeld.<sup>20</sup> Het laatste is vanzelfsprekend een uitwerking van het vertrouwensbeginsel.<sup>21</sup>

Art. 7:941 lid 4 BW legt uitdrukkelijk vast dat de verzekeraar het vervallen van het recht op uitkering wegens niet-nakoming van een in lid 1 en 2 genoemde verplichting bij verwezenlijking van een verzekerd risico slechts kan bedingen voor het geval hij daardoor in een redelijk belang is geschaad. Gelet op het ingrijpend karakter van de sanctie mag voor het aannemen van een *belangenbenadering* worden verlangd dat de verzekeraar op het concrete geval toegesneden feiten en omstandigheden aandraagt die het vermoeden rechtvaardigen dat hij door de nalatigheid van verzekerde ook daadwerkelijk in een ongunstiger positie is gebracht.<sup>22</sup> Voorts heeft Abas er met recht op gewezen dat ook op het belang van de verzekerde moet worden gelet. Het gaat niet aan de laatste een niet-tijdige aanmelding van het schadevooral aan te rekenen, zolang het er in redelijkheid niet naar uitziet dat dit zal leiden tot een onder de verzekering gedekte schade of aanspraak op uitkering.<sup>23</sup>

Voor de situatie dat de verzekerde bovenbedoelde verplichtingen niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden geeft art. 7:941 lid 5 BW een tegenover de verzekerde ‘harde’ regeling; dit met name voor gevallen van zogenoemd *partieel bedrog*, waarbij het frauduleus handelen slechts betrekking heeft op een deel van de vordering tot schadevergoeding (bijv. niet alle opgegeven zaken zijn gestolen). Ook dan vervalt bij opzet tot misleiding in beginsel voor het geheel het recht op uitkering. De wettelijke bepaling kent als toevoeging op de sanctie de bewoordingen ‘behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt’. Een toevoeging die bezien dient te worden in het licht van art. 6:237 aanhef en onderdeel h BW en waarbij uit de toelichting meteen uitdrukkelijk blijkt dat als uitgangspunt zal moeten gelden dat gezien de opzet tot misleiding alleen in bijzondere omstandigheden aangenomen kan worden dat het (gehele) verval van uitkering niet gerechtvaardigd is. Met recht ligt daarbij de bewijslast niet op de verzekeraar, maar op de verzekerde.

De duidelijke lijn is en blijft daarmee de ‘harde’ benadering waarin het vertrouwensbeginsel zwaarder weegt dan de sociale functie van verzekering, zoals die was ingezet door de Raad van Toezicht Verzekeringen<sup>24</sup> en vervolgens ook – onder verwijzing naar de uitspraak van de Raad van Toezicht – door de Hoge Raad in zijn arrest van 3 december 2004.<sup>25</sup> De enkele (door eiseres in de feitelijke instanties aangevoerde) omstandigheid dat de fraude slechts een gering gedeelte van de schade betrof, zo parafaseren wij de uitspraak van de Hoge Raad, is naar het oordeel van het hof niet een zodanige bijzondere omstandigheid dat op grond

20 Zie Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7 IX* 2019/170.

21 Zie Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7 IX* 2019/172.

22 Zie voor een onzes inziens te ruime toepassing HR 29 mei 1970, *NJ* 1970/435 (*Twaalfhoven/Railway Passengers*) en voor de schending van aangifteplicht bij diefstal HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998/698 (*Zoekgeraakte ring*). Zie voorts Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7 IX* 2019/170.

23 P. Abas, ‘Vervalbeding in de verzekeringspolis en goede trouw’, *NJB* 1970, p. 1454. Zie voorts Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons 7 IX* 2019/170 en met name Rb. Amsterdam 5 juni 1968, *NJ* 1970/416.

24 RvT 2002/11 Br, 8 april 2002. Zie nader *Prg.* 2000, nr. 5919, p. 649 en *AV&S* 2002, p. 84.

25 *RvdW* 2005/160. Zie daaromtrent nader J.G.C. Kamphuisen, ‘Ook de Hoge Raad aanvaardt verlies van dekking bij bedrog’, *AV&S* 2005, p. 32 e.v.



daarvan het verval van het recht op uitkering niet gerechtvaardigd is en dat oordeel, aldus de Hoge Raad, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

*1.3.4 De sociale functie van verzekering is onverenigbaar met het 'altijd-niets'-beginsel als sanctie op de niet-nakoming van de mededelingsplicht bij het aangaan van een verzekering*

Met de sociale functie van verzekering is ingeval van verzwijging evenmin verenigbaar het 'altijd-niets'-beginsel, op grond waarvan de verzekerde bij verwezenlijking van het risico onder alle omstandigheden elk recht op uitkering verliest.

Ook hier komt titel 7.17 BW de verzekerde tegemoet met een genuanceerde sanctieregeling. Geen enkel recht op uitkering en (daarmee samengaand) opzegging van de overeenkomst geldt nog uitsluitend als sanctie in twee gevallen, te weten wanneer de verzekeraar bij kennis van de ware stand van zaken (in het geheel) geen verzekering zou hebben gesloten en wanneer de verzekeringnemer met opzet tot misleiden heeft gehandeld (art. 7:930 lid 4 en 5 BW). In alle andere gevallen heeft de causaliteit haar intrede gedaan in het sanctiestelsel: de verzekerde behoudt een volledig recht op uitkering zolang er geen causaal verband is tussen het verzwegen feit en de verwezenlijking van het risico (art. 7:930 lid 3 BW). Indien causaliteit wel aangenomen wordt, bestaat (alsnog) een verminderd recht op uitkering en wel langs de weg van art. 7:930 lid 3 BW. Afwikkeling vindt alsdan plaats met inachtneming van proportionaliteit en *difference in conditions*. Daarnaast kent titel 7.17 BW in afd. 3 voor de levensverzekering nog een tweetal bijzondere bepalingen, te weten art. 7:982 BW, waarin conversie van rechtswege bij onjuiste opgave van geslacht of leeftijd is geregeld, en art. 7:983 BW, dat de verzekeringnemer bij opzegging, respectievelijk de begunstigde bij het einde van het risico ten minste recht geeft op de afkoopwaarde, indien aanwezig.

Een duidelijk signaal dat het 'altijd-niets'-beginsel geen positie meer kent onder titel 7.17 BW is daarnaast te vinden in de wettelijke sanctionering. Waar onder art. 251 WvK (oud) nog de vernietigbaarheid van de overeenkomst (met de daarbij behorende terugwerkende kracht) was opgenomen, gaat het huidige systeem uit van opzegging van de overeenkomst (in de bij wet genoemde gevallen). De wederzijdse dwaling valt daarmee buiten de reikwijdte van de regeling, nu enerzijds de mededelingsplicht wordt beperkt tot feiten die de verzekeringnemer kent of behoort te kennen (art. 7:928 lid 1 BW) en anderzijds – doorslaggevend zelfs – een beroep door de verzekeraar op de algemene dwalingsregeling in art. 6:228 BW (alsook die op bedrog in de zin van 3:44 BW) wordt afgesneden in art. 7:931 BW. Anders dan meer dan eens in de literatuur is bepleit, blijft de verzekerde ook onder het nieuwe recht verstoken van enig recht op uitkering indien hij met opzet tot misleiding van de verzekeraar heeft gehandeld, maar het causaal verband in bovenbedoelde zin ontbreekt.

1.3.5 *De sociale functie eist een zoveel mogelijk op continuïteit van de overeenkomst gerichte sanctieregeling bij niet-nakoming van op de verzekeringnemer/verzekerde rustende verplichtingen*

Met name bij persoonsverzekeringen rechtvaardigt de sociale functie van verzekering een zoveel mogelijk op de continuïteit van de overeenkomst gerichte sanctieregeling in geval van het niet naar behoren nakomen van de op de verzekeringnemer rustende mededelingsplicht bij het aangaan van de verzekering (*verzwijging*) tegenover de verzekeraar, anders dan met het opzet de laatste te misleiden. Daarin voorziet in titel 7.17 BW art. 7:929: de overeenkomst blijft ook bij verzwijging als zodanig bestaan, tenzij de verzekeringnemer haar opzegt. De verzekeraar heeft slechts een recht van opzegging indien de verzekeringnemer heeft gehandeld met het opzet hem te misleiden of indien hij bij kennis van de ware stand van zaken geen verzekering zou hebben gesloten. Voorts zij gewezen op art. 7:940 lid 5 BW, op grond waarvan een persoonsverzekering gedurende de looptijd van de verzekering niet opzegbaar is vanwege een verslechterend gezondheidsrisico van de persoon die de verzekering betreft.

Het belang bij continuïteit van een lopende verzekering heeft ook erkenning gevonden in de situatie waarin de verzekeraar zijn *recht om de verzekering tussentijds op te zeggen* – naar aanleiding van een (reeks) schademelding(en) – wil uitoefenen tegenover de verzekeringnemer die niet te kwader trouw heeft gehandeld. Met name in de jurisprudentie van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf klonk reeds lang door dat de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat een verzekeraar in beginsel terughoudend is in het hanteren van dat recht en niet volstaat met na te gaan of voldaan is aan de in de verzekeringsvoorwaarden geformuleerde vereisten. Hij zal tevens zorgvuldig moeten overwegen of de omstandigheden voldoende ernstig zijn om opzegging te rechtvaardigen en moeten nagaan of in redelijkheid geen minder ingrijpende maatregel kan worden gevonden die evenzeer recht doet aan de belangen van beide partijen.<sup>26</sup> Die redelijkheid en billijkheid klinkt door in art. 7:940 lid 3 BW: “De verzekeraar kan slechts tussentijds opzeggen op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat gebondenheid aan de overeenkomst niet meer van de verzekeraar kan worden gevergd.” De regeling biedt de rechter de mogelijkheid om te toetsen of bij een in beginsel polisconforme opzegging niet (toch) gebondenheid (van de verzekeraar) aan de overeenkomst kan worden gevergd.<sup>27</sup>

1.3.6 *De sociale functie van verzekering verengt de grenzen van strijdigheid met beginselen van goede zeden en openbare orde*

Het dwingend recht in de oude wettelijke regeling in het Wetboek van Koophandel beperkte zich in feite tot het vooropstellen van het aleatoire karakter van de verzekeringsovereenkomst en het handhaven van het indenniteitsbeginsel. Daar-

26 Zie nader Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons* 7 IX 2019/146.

27 De materie wordt onder vermelding naar vindplaatsen besproken in Asser/Wansink, *Van Tiggele & Salomons* 7 IX 2019/239.

aan heeft (mede) de vanouds levende gedachte ten grondslag gelegen dat het hier gaat om beginselen van goede zeden en openbare orde. De jurisprudentie uit het laatste decennium leert dat ook hier sprake is van een opschuiven ten gunste van het belang bij behoud van de sociale functie van verzekering. Reeds in 1975 oordeelde de Hoge Raad dat het verzekeren van *voorwaardelijk opzet* bij aansprakelijkheidsverzekering niet in strijd was met de goede zeden en openbare orde.<sup>28</sup>

Veel verder – onzes inziens te ver – ging de Hoge Raad in 1998 in zijn oordeel dat een ziektekostenverzekeraar zich tegenover de verzekerde er niet op kan beroepen dat deze zijn gezondheid *opzettelijk* heeft geschaad (en dat hij onder de ziektekostenverzekering dus geen uitkering zou verkrijgen). Zulks zou, zo oordeelt de Hoge Raad, tot het onaanvaardbare gevolg kunnen leiden dat de verzekerde zich gedwongen zou zien een – in beginsel gedekte – medisch noodzakelijke behandeling achterwege te laten.<sup>29</sup> Daargelaten dat de verantwoordelijkheid in dezen niet op verzekeraars, maar op de medische sector rust, ervaren wij als keerzijde van een overweging als hier gebezigd, dat een verzekerde die zich opzettelijk verwondt (bijv. zich een duim afhakt) om een uitkering onder een ongevallenverzekering te verwerven, die uitkering vanwege opzet tot misleiding niet krijgt, maar voor de kosten van de noodzakelijke medische behandeling van zijn afgehakte duim een beroep op zijn ziektekostenverzekering zou kunnen doen. Wat van ons standpunt ook zij: het oordeel van de Hoge Raad heeft inmiddels ook weerklank gevonden in de nieuwe wettelijke regeling van de zorgverzekering en wel in art. 15 lid 2 Zorgverzekeringswet: de verzekeraar is niet bevoegd een verzekerde prestatie geheel of gedeeltelijk te weigeren indien het intreden van het risico (de behoefte aan zorg) aan de verzekerde te wijten is en dat geldt blijkens de Toelichting ook voor opzet of roekeloosheid.<sup>30</sup>

Strijd met de openbare orde en goede zeden ligt in feite ook ten grondslag aan de verzekeringsrechtelijke variant van de uit het erfrecht bekende *onwaardigheid* voor de sommenverzekering. Deze heeft erkenning gevonden in art. 7:973 BW: “Aan de overeenkomst kunnen geen rechten worden ontleend door degene die onherroepelijk veroordeeld is ter zake dat hij het risico opzettelijk teweeg heeft gebracht of daaraan opzettelijk meegewerkt heeft.”<sup>31</sup>

Ten slotte bestaat er in de sfeer van de aansprakelijkheidsverzekering duidelijkheid dat een in de polisvoorwaarden opgenomen verbod voor de verzekerde om na een schadeval de benadeelde over de *feiten* zoals deze zijn voorgevallen te informeren en deze als zodanig te *erkennen*, als strijdig met beginselen van goede zeden en openbare orde moet worden beschouwd.<sup>32</sup> Zulks komt nadrukkelijk in art. 7:953 BW tot uitdrukking, nu daarin een onderscheid tussen een erkenning van aansprakelijkheid en een erkenning van feiten wordt gemaakt en wordt bepaald dat het laatste nimmer gevolgen heeft.

28 HR 30 mei 1975, NJ 1976/572, m.nt. BW (*Bierglas*).

29 HR 11 september 1998, NJ 1999/664, m.nt. MMM.

30 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 113 (MvT).

31 Zie voor het oude recht HR 10 december 1976, NJ 1978/114, m.nt. BW (*Auto in kanaal*).

32 J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer 2006, p. 370 e.v.